

JUSTIÇA & CIDADANIA

EDITORIAL

CUIDEMOS NÓS DA AMAZÔNIA

EM FOCO

**AJUSTE DE CURSO NA
RECUPERAÇÃO JUDICIAL É
TEMA DE DÉBATE NO TJRJ**

ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO

**CONGRESSO INTERNACIONAL
DO CBMA REÚNE PRINCIPAIS
ATORES DA ARBITRAGEM**

A portrait of Evandro Valadão, a middle-aged man with short, graying hair, smiling. He is wearing a dark suit, a white shirt, and a striped tie. A small circular pin is visible on his lapel.

O CONSEQUENCIALISMO E AS DECISÕES PAUTADAS EM VALORES JURÍDICOS ABSTRATOS

EVANDRO VALADÃO, MINISTRO DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A EXECUÇÃO DESDE LOGO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU



GAMALIEL SEME SCAFF

Desembargador do TJPR

A controvérsia acerca da possibilidade da prisão provisória de réu imediatamente após sentença penal condenatória confirmada por tribunal de segundo grau tem dividido a comunidade jurídica nacional. Um grupo de juristas sustenta que a garantia constitucional disposta expressamente no inciso LVII do art. 5º deve ser interpretada em sua extensão máxima, pois sem o decreto de culpa transitado em julgado não seria possível, ou mesmo constitucional, o início da execução da sentença. Outro grupo de juristas sustenta a possibilidade dessa prisão, ao argumento de que em nosso sistema os recursos aos tribunais superiores não mais podem reanalisar a prova que levou à condenação, logo inexistindo razão para a procrastinação do cumprimento da sentença penal.

As soluções que se vislumbram, em regra, não são melhores do que a atual posição do Supremo Tribunal Federal (STF), muito embora se reconheça que, do ponto de vista da Corte, haja dúvida de natureza jusfilosófica, pois ou se preserva a efetividade do sistema jurídico penal, ou se resguarda a letra expressa da Constituição Federal (CF). Ambos são pontos de vista absolutamente respeitáveis.

Para compreensão mais adequada, é fundamental não dissociar esse ponto da lógica que informa o sistema penal e dos princípios do Direito em que esse sistema se assenta. Nos primór-

dios da humanidade, informa a antropologia criminal, imperava a vingança privada. Cada indivíduo tomava a justiça nas próprias mãos para retribuir o mal recebido injustamente por outrem. Geralmente, essa retribuição era desproporcional.

Para corrigir as distorções, a sociedade concebeu a "Lei de Talião", na qual procurou estabelecer limites ao exercício desse direito, ainda reconhecido, sintetizado na máxima "olho por olho". Com o processo civilizatório, essas práticas se abrandaram. A Lei das 12 Tábuas estabeleceu em Roma marco fundamental do homem em legislar para o próprio homem, aprimorando-se ao ponto daquela civilização nos entregar seu maior legado: o Direito Romano.

Com o cristianismo, apregoando o amor incondicional a Deus e ao próximo, algo revolucionário ao *modus vivendi*, o avançado procedimento judicial romano passou a humanizar suas penas, aprimoramento civilizatório jamais conhecido até então. Porém, ao meio do caminho, verificou-se o estabelecimento do poder temporal da Igreja, subvertendo por mais de mil anos uma ordem que só seria retomada com o advento do Iluminismo e das reformas pelas quais concebeu-se a separação entre Estado e Igreja. Com a Revolução Francesa, difundiram-se também as teorias de Estado e contrato social pelas quais entregamos parcela de nossa soberania individual – incluindo o direito de vingança – que passa a ser exercida em nosso nome pelo Estado. (...)

A presunção da inocência é *juris tantum* (prevalece até prova em contrário), salvo conduto para assegurar que o cidadão não será privado de sua liberdade sem que antes responda a acusação formal promovida por agente do Estado, em processo criminal, perante juiz natural e garantidos o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa no qual, ao final, receba o veredicto do "Estado-Juiz" a confirmar sua inocência ou a declarar sua culpa e condenação.

Paradoxo constitucional – Em nosso sistema, recepcionado pela CF, a prova de um crime só pode ser discutida até o segundo grau de julgamento. Recursos manejados aos tribunais superiores, depois de proferida decisão por tribunal de segunda instância, não mais poderão ter por objeto a discussão quanto à culpa ou inocência anteriormente reconhecida. Essa regra já está sumulada: "Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário" (Súmula 279/STF) e "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial" (Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça/STJ).

Apesar de consagrar o limite de discussão da prova de condenação, o constituinte estabeleceu ainda cláusula de hipergarantia segundo a qual a presunção de inocência perdura até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Criou-se com isso um paradoxo constitucional, uma aberração, visto que o mesmo Estado que considera "culpado" o condenado em segundo grau, paralela e simultaneamente o considera "inocente" até o terceiro e quarto graus de recurso.

Diante desse paradoxo que reclama reparo, seríamos incivilizados se não tivéssemos a hipergarantia do "trânsito em julgado da sentença penal condenatória"? De modo algum, pois as garantias do devido processo legal, contraditório e ampla defesa já nos colocam no patamar das nações civilizadas e em sintonia com a defesa que se espera seja reconhecida por direito ao cidadão.

Civilização ou barbárie – Essa garantia civilizatória tem seu nascedouro na Declaração dos Direitos do Cidadão de 1789, pós Revolução Francesa, que estabelece que "todo acusado se presume inocente até ser declarado culpado". Também a Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), de 1948, diz que "todo ser humano acusado de ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias a sua defesa". Observe-se contudo que, em ambos os casos, nenhuma palavra é dita acerca da necessidade de "trânsito em julgado", tratando-se de excesso do legislador ordinário brasileiro.

Seja por zelo, exagerado senso de cidadania, ignorância ou má-fé – a beneficiar somente o réu abastado com bons advogados, aptos a provocar morosidade até a prescrição do crime – não parece razoável que o mesmo Estado a quem se dirige a presunção de inocência continue a ela atrelado após confirmação da sentença pelo segundo grau.

Notáveis juristas sustentam que a mudança da jurisprudência no STF acerca de qualquer matéria relevante, segundo ensinamento do então professor e hoje Ministro Luís Roberto Barroso, “modifica o direito vigente e, sob a perspectiva do cidadão, isso equivale em todos os elementos relevantes à alteração do próprio texto legislativo”. Donde concluem, em apertada síntese, que utilizando-se da analogia *legis a lex gravior* em matéria penal, a norma não poderia retroagir pois está expressa do art. 5º da CF: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. Concluem ainda que o STF, diante do novo entendimento, “deveria preservar a força constitucional do princípio da irretroatividade da nova norma prejudicial ou desfavorável ao réu”.

É indiscutível a logicidade do raciocínio, porém, com todas as vênias, a questão não está jungida apenas a esse princípio, mas a outros igualmente importantes e até ascendentes. Em primeiro lugar, o que está em discussão não é a aplicação do Direito Penal a acusados já condenados em duas instâncias, sem possibilidade de revisão recursal das provas apreciadas, mas sim o melhor momento para o início da execução penal. Portanto, o melhor direito já não deveria estar sendo vislumbrado pela ótica do réu, mas do Estado, leia-se, da sociedade.

Em segundo lugar, a prevalecer tal entendimento, retirar-se-ia do STF a possibilidade de mudança de posicionamento em matéria penal, o que não pode ser aceito. De fato, entendemos que o STF é o fiel da balança entre o político e o jurídico, uma vez que a CF é, ao mesmo tempo, Carta de direitos e Carta política. Vale lembrar nesse ponto o professor José Afonso da Silva, que lucidamente destaca que nessa bivalência “o político vem primeiro”. Assim, a balança estará sujeita à valoração a cada um de seus conteúdos por parte dos ministros, cujo resultado definirá a eficácia de todo o sistema penal e judicial do País.

Em terceiro lugar, aplicando-se a regra de irretroatividade aos casos já decididos, a nova interpretação passa a valer apenas para casos futuros, criando duas categorias de condenados: os que teriam direito de aguardar o trânsito em julgado para iniciar o cumprimento da pena e os que a teriam de cumprir logo após o julgamento em segunda instância, malferindo princípio maior da República que estabelece que “todos são (devem ser) iguais perante a lei”, ascendente a todos os demais. Portanto, essa solução não resolve o problema da forma mais republicana.

Porto final – Por último, tem sido cogitada uma terceira via, de estabelecer o porto final para o início da execução da pena no esgotamento recursal na terceira instância. Com todo respeito aos bem-intencionados mentores da ideia, não podemos concordar por dois fatores. Primeiro, o fato do STJ ter como missão constitucional precípua, como última instância de julgamento de causas decididas pelos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, as hipóteses de descumprimento de tratado ou lei federal pela estreita via do recurso especial (art. 105, III, da CF). O segundo fator reside justamente na absoluta impossibilidade desse Tribunal atender toda a demanda que certamente surgiria, posto que tais processos entrariam em rota de inevitável morosidade, a encaminhar-se para a impunidade pela prescrição em razão do decurso do tempo, justamente o que se buscou evitar com a mudança de posição do STF.

O dilema jurídico do STF continuaria inalterado, eis que aquela cláusula de hipergarantismo constitucional continuará a ser reclamada pelos advogados frustrados nos recursos especiais manejados perante o STJ. A *latere* da falta de resolução no STF, criar-se-á novo problema para o STJ, que passará a arcar com a parte mais pesada do ônus decorrente do novo modelo. Solução assim não parece ser a mais desejável, pois será apenas paliativa.

Solução definitiva – Exigir que os ministros do STF convivam com esse paradoxo constitucional é pedir muito. Precisamos reconhecer que é difícil justificar juridicamente a aplicação ou não daquela garantia pétrea da CF. De fato, se prestigiam a *vox populi* tomada de justa indignação pelo anseio de um sistema de justiça mais eficaz, expõem-se a receber chibatadas pelos azorragues de poderosas vozes de importantes nomes da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) que, não sem alguma razão, reclamam do esvaziamento de uma garantia constitucional que, por direito, entendem que deveria ser prestigiada; se por outro, prestigiam a hipergarantia em sua literalidade, confirmam o prognóstico de antigo presidente daquela Corte, da “negação do Judiciário”. Um paradoxo gera outro.

Contudo, vislumbra-se solução melhor, ainda que demande empenho e esforço legislativo. Se a garantia posta no inciso LVII do art. 5º da CF não é passível de alteração, por conta da vedação constante do art. 60, §4º, IV, não há contudo impedimento à existência de novo regime de admissibilidade recursal criminal nos tribunais superiores. Com efeito, convivemos hoje com a possibilidade da coisa julgada parcial, na pendência do exaurimento das demais discussões. Essa realidade restou consagrada no novo Código de Processo Civil (CPC), que em seu art. 356 admite de forma expressa a possibilidade de julgamento parcial do mérito, rompendo o dogma da sentença una.

A exemplo do pressuposto de admissibilidade do trânsito em julgado para o manejo das ações revisionais (art. 621 do Código de Processo Penal/ CPP), seria possível resolver esse paradoxo constitucional alterando-se, no tocante ao STF, o *caput* do inciso III do art. 102 da CF, para condicionar o exercício dos recursos extraordinários ao trânsito em julgado quanto à matéria de prova já exaurida na segunda instância. (...)

Destarte, a título de mera sugestão exemplificativa, poderia o *caput* daquele inciso

III do art. 102 passar a constar assim: “III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas cíveis decididas em única ou última instância, bem como as causas criminais já transitadas em julgado quanto à matéria de prova, quando a decisão recorrida. No âmbito do STJ, a alteração seguiria a mesma lógica, ficando também lá condicionada a admissibilidade dos recursos criminais ao trânsito em julgado quanto à matéria de prova. O manejo de recursos de processos criminais aos tribunais superiores, com esse pressuposto de admissibilidade, feitos os necessários ajustes no CPP, estarão em perfeita sintonia com os enunciados das súmulas do STJ e do STF.

Por outro lado, para o manejo de ação revisional – cujo *caput* do art. 621 do CPP possibilita apenas a processos findos – a título de pressuposto de admissibilidade não deveria haver pendência recursal alguma, se de outro modo não preferir o legislador. Essa seria solução mais desejável e ampla, na medida em que respeitaria a hipergarantia constitucional; recolocaria em equilíbrio o sistema jurídico penal brasileiro, afastando o identificado paradoxo constitucional; e não fomentaria o entulhamento dos tribunais superiores com recursos que, em regra, buscam os efeitos secundários da prescrição.

Espera-se que solução de maior eficácia seja encontrada em curto espaço de tempo. Caso contrário, diante dos radicalismos erigidos nos últimos anos, os ministros do STF continuarão a desfilarem, pela via dolorosa da história de nossa República, carregando sobre os ombros a pesada missão institucional de “guardiões da Constituição”, título verdadeiro e de extremada honra, mas que não tardará em transmutar-se em síntese de acusação sobre suas cabeças, apesar de seus esforços, pois que aquele texto contrapõe-se à realidade nacional e, por ora, não se pode mudar nem a um, nem a outro. Todavia, há aqui uma possibilidade do que pode ser mudado para regular tanto um, quanto outro.

